

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría en Derecho Procesal

## **La mediación prejudicial obligatoria en el ámbito civil**

Alberto Jacinto Reyes Zambrano

Tutor: Gabriel Santiago Galán Melo

Quito, 2019





### **Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis**

Alberto Jacinto Reyes Zambrano autor de la tesis “LA MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA EN EL ÁMBITO CIVIL”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, y que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 2 de enero de 2019

.....  
Alberto Jacinto Reyes Zambrano



## Resumen

Considero importante destacar la transcendencia que ha tenido la mediación pre judicial en materia civil en varias legislaciones foráneas, siendo la más relevante en el presente estudio investigativo la experiencia vivida en Argentina, con la sanción y promulgación de la Ley Nacional No. 24.573 de 1995 que instauró la mediación pre judicial obligatoria. Ante ello en el Ecuador solo “se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos...”, tal como lo establece la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 190.

El objetivo de este trabajo fue realizar un análisis técnico – jurídico de cómo la mediación prejudicial con el carácter de obligatoria, ayudaría a impedir un proceso innecesario, pues dada la cultura litigiosa, las partes se ven enfrentadas a juicios extensos - no precisamente por su propia voluntad-, sino por la de algunos abogados que estiman que por esta clase de actitudes pueden ganar más honorarios y porque los jueces no hacen nada para aplacar esas conductas.

En la realización de esta investigación se estudió la conveniencia de incorporar en nuestra legislación la mediación prejudicial obligatoria como requisito previo a iniciar un juicio civil. Así también se realizó un análisis de la aplicación de la mediación prejudicial obligatoria en otras legislaciones –Argentina, Chile, Colombia-, para determinar qué elementos contemplan y establecer si podrían o no trasladarse a nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo expuesto, desde mi óptica la mediación es el mecanismo idóneo para solucionar un conflicto de manera eficaz y que se encuentra actualmente regulada por la Ley de arbitraje y mediación vigente desde el año 1997.

Sabemos que en Ecuador los procesos judiciales se toman un cierto tiempo en dar un veredicto final, por tal razón se espera que en nuestro país se preste más atención a este sistema y que se considere la posibilidad de implementar la mediación prejudicial obligatoria, cuyas ventajas para el sistema de justicia como para la ciudadanía en general, se demuestran en el desarrollo del presente trabajo investigativo.

*Palabras claves: Mediación, mediación pre judicial obligatoria, litigio, cultura de paz, transigibilidad.*



## Tabla de Contenidos

Introducción .....	9
<b>Capítulo primero</b> .....	13
La mediación: Definición e importancia .....	13
1. Naturaleza jurídica .....	14
2. Naturaleza jurídica del acta de mediación .....	15
3. Diferencia entre mediación y conciliación .....	16
4. Materias susceptibles de mediación .....	19
5. Efectos de la mediación .....	23
6. Ventajas y desventajas de la mediación .....	26
<b>Capítulo Segundo</b> .....	31
La mediación prejudicial obligatoria en el ámbito civil .....	31
1. Realidad de la mediación prejudicial obligatoria en otras legislaciones .....	32
1.1 Argentina .....	32
1.2 Chile .....	36
1.3 Colombia .....	37
2. Estadísticas de mediación en el Ecuador .....	40
a) Corte Provincial de Justicia de Guayas .....	40
b) Función Judicial .....	42
c) Defensoría Pública .....	44
d) Cámara de Comercio de Quito. Centro de arbitraje y mediación .....	45
3. Propuesta de implementación de la mediación prejudicial obligatoria en el Ecuador .....	47
3.1 Justificación .....	47
3.2 Objetivo general .....	49
3.3 Objetivo específico .....	49
3.4 Beneficiarios .....	49
3.5 Beneficiarios directos .....	49
3.6 Beneficiarios indirectos .....	49
3.7 Descripción de la propuesta .....	50
3.8 Flujograma del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria .....	56
<b>Conclusiones</b> .....	57
Referencias Bibliográficas .....	61





## Introducción

La mediación, en cualquiera de sus formas, constituye un mecanismo alternativo de solución de controversias que el Estado reconoce y garantiza para la tutela efectiva de los derechos de los usuarios del sistema de justicia, conforme propugnan los artículos 75, 169 y 190 de la Constitución de la República del Ecuador.

Habiendo tenido diferentes experiencias laborales en las que me convencí de lo favorable que sería tener la oportunidad de llegar a un acuerdo rápido y que redunde en beneficio de ambas partes, me hice una pregunta que la traduzco y desarrollo para los fines de esta investigación: ¿es la mediación prejudicial obligatoria un mecanismo que ayudaría a descongestionar la carga procesal en las judicaturas civiles?

La respuesta a esta interrogante no radica en demostrar que los procesos judiciales son extensos, sino que a través de la mediación prejudicial obligatoria se podría disminuir tiempo en lograr la resolución del conflicto y hacer realidad los principios de eficacia y económica procesal.

De aquí nace el objetivo de tener argumentos que sustenten lo beneficioso que sería poder incorporar este mecanismo como un requisito previo antes de la iniciación de un juicio. Por ello he realizado análisis de la aplicación de la mediación prejudicial obligatoria en otras legislaciones-derecho comparado-.

Puedo señalar como referencia importante, la experiencia vivida en Argentina con la sanción y promulgación de la Ley Nacional No. 24.573 de 1995 que instaura la *mediación prejudicial obligatoria* en la Capital Federal. Desde 1998 se comenzó a desarrollar en este país la mediación de segunda generación llamada Procesos Colaborativos de Construcción de Consenso para resolver conflictos multipartes, complejos y públicos.<sup>1</sup>

Así por ejemplo, con la reforma civil instaurada en la provincia de Río Grande en Argentina, la cual rige desde el 1 de junio del año 2001, se puede tener una idea de las enormes ventajas que se consiguieron con la implementación de este mecanismo, que redujeron a un cuarenta por ciento (40%) el volumen de causas en el ámbito civil y

---

<sup>1</sup> Los Centros de Resolución de Conflictos de las Américas, Curso Internacional de Especialidades en Mediación y Arbitraje, Universidad Metropolitana de Guayaquil, 2006, pp.37-38”.

comercial<sup>2</sup>, descongestionando los tribunales en cantidad de trabajo y mejorando las condiciones de dedicación para la calificación de las sentencias. En síntesis una reforma judicial que trajo, a través de la redistribución de los fueros y la especialización, una mayor calidad institucional.

En la actualidad, la justicia de paz y vecinal se encuentra presente en Colombia, Perú y Venezuela donde ha sido reconocida en las constituciones nacionales, en las leyes de organización judicial, y en algunas leyes especiales que regulan su funcionamiento. Se estima que existen alrededor de 5.000 jueces de paz en Perú<sup>3</sup> y 104 en Cali - Colombia<sup>4</sup>.

La justicia de paz tiene competencias en diversas materias ya que su concepción se deriva de la idea de solución amigable de conflictos entre vecinos y no de una estrategia especialmente dedicada a resolver controversias civiles. Se tramitan en ella asuntos penales, familiares, civiles y comerciales, entre otros.

En Canadá y Estados Unidos, la utilización de mecanismos alternos de solución de conflictos es autorizada por cada una de las jurisdicciones; algunas han incorporado la mediación en la justicia de pequeñas causas haciéndola voluntaria en el procedimiento - Quebec y Yukón en Canadá y California en Estados Unidos-, u obligatoria cuando la controversia gira en torno a materias o cuantías determinadas -Washington, Portland, Wichita, en Estados Unidos-<sup>5</sup>.

Es necesario mencionar que algunos estudios muestran que no todo ha funcionado debidamente en la mediación, ya que en algunas ocasiones el mediador puede tener sesgo en su punto de vista y cabe la posibilidad de que se incline a alguna de las partes, lo que podría ocasionar que se llegue a un acuerdo injusto para la parte en desventaja.

---

<sup>2</sup> Lutz, Luis. “La Reforma Procesal Civil en la provincia de Río Negro, Argentina”. Accedido 03 de febrero de 2019. <https://docplayer.es/49707735-La-reforma-procesal-civil-en-la-provincia-de-rio-negro-argentina-rige-desde.html>.

<sup>3</sup> Manual para Jueces y Juezas de Paz, agosto de 2007. <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Manual%20del%20juez%20y%20jueza%20de%20paz.pdf>.

<sup>4</sup> Alcaldía de Santiago de Cali. “Jueces de Paz 2017-2022”. Accedido 03 de febrero de 2019. <http://www.cali.gov.co/pazycultura/publicaciones/138527/jueces-de-paz-2017-2022/>.

<sup>5</sup> Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina”, Centro de Estudios de Justicia de la Américas; Santiago –Chile, Editorial Andrea Cabezón, 1985, pp. 115-116.

Algunas investigaciones importantes han sido efectuadas por pensadoras feministas. Por ejemplo Jannet Rijkín<sup>6</sup> sostiene que las mujeres alcanzan peores acuerdos cuando concurren al sistema de mediación que cuando solucionan sus conflictos en el sistema judicial formal. Ella piensa que esto se debe a que en los encuentros de mediación se mantiene la misma interrelación que existía en la pareja, prevaleciendo el temor de las mujeres hacia sus cónyuges. Siendo esta la posible causa de acuerdos desfavorables en los rubros de pensiones alimenticias<sup>7</sup>.

El modelo que guiará la presente investigación, es el IUS SOCIOLOGISMO, porque se pretende analizar qué es lo que pasa en la realidad con aquellos conflictos que podrían someterse a mediación y qué se puede hacer para mejorarla.

El marco metodológico que será aplicado al presente trabajo investigativo, es el método cualitativo, tomando en consideración que los instrumentos a utilizar son: análisis de normas nacionales e internacionales –derecho comparado-, experiencia laboral personal. Esto me hizo comprender que la experiencia argentina de la mediación prejudicial obligatoria en el ámbito civil, podría implementarse en nuestra realidad ecuatoriana con las respectivas reformas al Código Orgánico General de Procesos y Ley de Arbitraje y Mediación.

---

<sup>6</sup> Rijkín, Jannet. Fue la primera mujer elegida a la Cámara de Representantes de Estados Unidos y primer miembro femenino del Congreso. Fue una republicana, y llevó una larga vida como trabajadora social, activista, y pacifista.

<sup>7</sup> García, Leticia. “La mediación familiar: una aproximación normativa. Accedido 03 de febrero de 2019. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaMediacionFamiliar-2541423.pdf.



## Capítulo primero

### La mediación: Definición e importancia

La mediación, nominada como un método alternativo de resolución de controversias, involucra la participación de un tercero neutral que asiste a las partes para que encuentren solución a un determinado conflicto. La palabra mediación se define como la “acción y efecto de mediar”, pero a su vez implica otros elementos como lo señala la autora Ruíz Guridi:

Conjunto de prácticas destinadas a resolver un conflicto distinto a la vía judicial y también son los métodos que permiten la resolución del conflicto o controversia a través de una negociación. Por lo tanto; la mediación es la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptado.<sup>8</sup>

Enrique Falcón, autor de la obra “Mediación Obligatoria en la Ley 24.573”, la describe de la siguiente manera:

La mediación es una negociación asistida. De allí que prácticamente lo que hay que considerar en ella es el estudio de la figura del mediador, pues los restantes elementos ya se encuentran en la teoría general de la negociación. Se define generalmente la mediación como un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a que estas, en forma cooperativa, encuentren el punto de armonía en el conflicto. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trasciendan el nivel de disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas.<sup>9</sup>

La mediación, por tanto, es un proceso jurídico que tiende a solucionar conflictos sociales transigibles, mediante la intervención directa y particular de las partes. El escenario conciliatorio constituye el resultado de la experiencia que ningún proceso judicial llega más rápido a la solución que una negociación asistida.

---

<sup>8</sup> Ruíz Lorena, *La mediación*, Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Número XI (2003), 152.

<sup>9</sup> Falcón, Enrique. *Mediación Obligatoria en la Ley 24-573-1997*. (Argentina: Buenos Aires, República de Argentina 1997), 16- 17.

## 1. Naturaleza jurídica

Recordemos el precepto del jurista Domicio Ulpiano exclamado por sus contemporáneos en los discursos ante los tribunales conformados en la plenitud del sistema de justicia de Roma, cuando sostenían: “*Summ Cuique Tribuere*”<sup>10</sup> -que significa dar a cada quien lo que le corresponde- y en ese mismo sentido surge la necesidad del presente estudio, puesto que la mediación prejudicial obligatoria hoy pretendida en el plano civil para la administración de justicia del Ecuador se ha constituido en la base del por qué la mediación no constituye en su esencia tan solo, un alternativa a la solución de los conflictos judicializados sino una alternativa para la sociedad actual.

El proceso de mediación constituye una valiosa herramienta para la satisfacción extrajudicial de los intereses jurídicamente transigibles de conformidad a la ley, siendo el medio instituido para ello, como alternativa pacífica a la solución de conflictos jurídicos en el Ecuador. En la esfera determinada por el Artículo 190 de la Carta Magna, la mediación es el instrumento pacificador por excelencia, previsto para la tutela de los intereses legítimos de las personas, que desean terminar un litigio o precaver la eventualidad de dicho suceso, en un futuro inminente y/o incierto, mediante un acuerdo entre las partes, y en concordancia con el Artículo 2348 del Código Civil vigente -transacción-, que a pesar de no tratarse de lo mismo guardan similitudes importantes.

Dentro de la dinámica procesal de la mediación, el mecanismo tiene como finalidad concreta maximizar la posibilidad de terminar el litigio de forma amigable mediante un acuerdo entre las partes. En este contexto se puede indicar que el proceso conciliatorio aplicado en la mediación constituye el resultado de la experiencia concluyente, como se analiza más adelante, que ningún proceso judicial llega más rápido a la solución que una negociación asistida.

Para definir la naturaleza jurídica de la mediación es importante responder a las interrogantes que sobre el presente tema se han establecido: ¿Es la mediación una función jurisdiccional del Estado?; tiene naturaleza jurisdiccional? ¿Es jurisdiccional por el sólo hecho de ser reconocida legalmente en textos positivos que la definen, establecen su

---

<sup>10</sup> Libro del Digesto, Título I, *De justicia et iure*, fra. 10, pr., en <http://lexetius.blogspot.com/2008/07/el-realismo-jco-clsico-segn-hervada.html>.

estructura orgánica, funcionamiento, procedimientos, etcétera? o, simplemente, ¿no es jurisdiccional?<sup>11</sup>

El conflicto surge en que podría tildarse a la mediación como una expresión de la jurisdicción estatal, pero esto queda desvanecido al establecerse que la mediación es un sistema alternativo de conflictos a la cual no se puede atribuir ninguna naturaleza judicial.

En resumen podemos decir que la naturaleza de la mediación es lograr que las partes involucradas arriben a un acuerdo amistoso y satisfactorio que concluya en la suscripción de un acta que pueda ser ejecutada por estar debidamente sustentada, lo que conlleva a deducir que la mediación no tiene una naturaleza jurisdiccional, sino que es un sistema alternativo para resolver conflictos.

## 2. Naturaleza jurídica del acta de mediación

Podemos determinar que la naturaleza jurídica del acta de mediación, es precisamente la tesis de que dicha acta es considerada como un equivalente a una sentencia, tal como lo preceptúa la Ley de Arbitraje y Mediación, que en su artículo 47 establece:

El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de **sentencia ejecutoriada y cosa juzgada** y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación. Énfasis agregado.

Del argumento que se encuentra descrito en el artículo precedente se concluye que existe una nivelación entre el acta de mediación y una sentencia judicial, ya que los efectos de la cosa juzgada mediante la sentencia ejecutoriada se extienden al acta de mediación; es por ello que lo preceptuado en el artículo 101 del Código Orgánico General de Procesos guarda concordancia con la naturaleza propia del acta de mediación, conforme se describe a continuación:

Sentencia ejecutoriada. La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no

---

<sup>11</sup> Ocampo, Félix. <https://es.scribd.com/document/276616066/Naturaleza-Juridica-de-La-Mediacion>.

podrá seguirse nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, o se funde en la misma causa, razón o derecho. Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no solo la parte resolutive, sino también la motivación de la misma.

El acta de mediación tiene una validez particular que resguarda a las partes de un posible incumplimiento de lo pactado. Por consiguiente el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación en su parte relevante establece: “y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación”.<sup>12</sup>

Por lo expuesto se concluye que la naturaleza jurídica del acta de mediación es que la misma tiene efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada pudiéndose aplicar para su cumplimiento la vía de apremio descrita en líneas anteriores.

### **3. Diferencia entre mediación y conciliación**

Las diferencias entre la mediación y la conciliación se encuentran claramente establecidas en las normativas legales que de una u otra manera las contempla, así tenemos que la Ley de arbitraje y mediación en su artículo 46 establece:

Art. 46.- La mediación podrá proceder:

a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá

---

<sup>12</sup> Bustamante, Ximena. *La naturaleza jurídica del acta de mediación*. 2007. <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/318/1/84592.pdf>.



ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales;

b) A solicitud de las partes o de una de ellas; y,

c) Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten. Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del centro de la notificación del juez, no se presentare el acta que contenga el acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al juez su decisión de ampliar dicho término.

A diferencia de la conciliación la cual es parte de un procedimiento judicial conforme lo preceptúa el artículo 233 y 234 del Código Orgánico General de Procesos, mismos que se detallan a continuación:

Artículo 233.- Las partes podrán conciliar en cualquier estado del proceso. Si con ocasión del cumplimiento de la sentencia surgen diferencias entre las partes, también podrán conciliar. La conciliación se regirá por los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad.

Art. 234.- Procedimiento. La conciliación se realizará en audiencia ante la o el juzgador conforme a las siguientes reglas:

1. Si la conciliación se realiza en audiencia preliminar o de juicio, el juez la aprobará en sentencia y declarará terminado el juicio.
2. Si la conciliación se presenta con ocasión del cumplimiento de la sentencia, la o el juzgador de la ejecución señalará día y hora para la realización de la audiencia en la que resolverá la aprobación del acuerdo.<sup>283</sup>
3. Si la conciliación recae sobre parte del proceso, este continuará con respecto a los puntos no comprendidos o de las personas no afectadas por el acuerdo.

El COGEP ha establecido a la conciliación como un tercer momento dentro de la audiencia preliminar o fase preliminar de la audiencia única, puesto que el juez no tendría la facultad de promover una conciliación sin haber antes declarado saneado y convalidado el proceso.

Esta fase conciliadora pretende evitar la continuación del desarrollo del procedimiento a través de un acuerdo entre las partes con el propósito de poner fin a la

controversia mediante cualquiera de los métodos de autocomposición de conflictos aplicables al caso.<sup>13</sup>

En la mediación las partes involucradas tienen como objetivo lograr un acuerdo con la asistencia de un profesional que deberá actuar con imparcialidad para garantizar la transparencia del proceso, ayudando a generar alternativas de solución, pero sin brindar una recomendación directa a los involucrados. Será deber de las partes que negocian escoger la solución que se ajuste a sus necesidades y condiciones.

Mientras que en la conciliación las partes pretenden arribar a un acuerdo con el apoyo de un tercero, pero en este caso el profesional encargado –el juez respectivo- de la conciliación propone soluciones que pueden ser aceptadas, o no, por las partes involucradas.

La diferencia radica en el *nivel de intervención que tiene el profesional durante el proceso de negociación*. En los procesos de mediación no hay una intervención directa, únicamente se proponen alternativas de solución y las partes pueden realizar reformas que estén acorde a sus entornos, esto permite que el proceso sea más factible para los involucrados, debido a que se cambian las alternativas hasta que se encuentra una solución que satisface a ambas partes.

En los procesos de conciliación es el experto a cargo de la misma el que facilitará a los involucrados la solución que considere más adecuada, sin embargo dicha propuesta, aunque sea muy buena, no surge como iniciativa de las partes, por tanto es probable que no resuelva de manera global el conflicto a tratarse, ya que puede existir un sesgo oculto en todo el proceso de negociación, por el aspecto emocional que solo es conocido por la parte afectada<sup>14</sup>.

Es importante denotar que sobre todo en materia punitiva, es trascendente la posibilidad de transigir, como prueba de aquello consta por mandato del actual artículo 663

---

<sup>13</sup> Guarderas, Ernesto, María Belén Cañas y Ricardo Hernández. *Manual Práctico y Analítico del Código Orgánico General de Procesos. Procedimientos, Audiencias y Teoría del caso*. Quito, 2016.

<sup>14</sup><https://blogs.funiber.org/direccion-empresarial/2016/09/26/funiber-diferencias-conciliacion-mediacion>.

del Código Orgánico Integral Penal<sup>15</sup>, su aceptación expresa, a saber: “*La conciliación podrá presentarse hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal en los siguientes casos...*” de manera que existiendo aceptación expresa en la ley penal, puede el juez y el mediador redimir este tipo de causas, en aplicación constante en el artículo 190 del Código Supremo de la nación ecuatoriana.

Esta aceptación tiene una visión híbrida en materia de menores infractores, puesto que es posible aplicar el instituto de la conciliación a través del Procurador Fiscal por imperio del artículo 348 del Código de la Niñez y Adolescencia, que consiste -en estricta esencia- en una negociación de comportamiento conductual futuro del púber procesado monitoreado jurisdiccionalmente, lo que denota una inminente humanización del Derecho Procesal Penal, que bien puede generar una expectante cobertura de la mediación en el proceso punitivo ordinario.

Para concluir, es importante enfatizar que la conciliación generalmente está conectada con un proceso jurisdiccional, tanto como presupuesto procesal o bien opera dentro del mismo. La mediación, en cambio, se desarrolla de forma independiente de los procesos judiciales a través de instituciones especializadas.<sup>16</sup>

#### **4. Materias susceptibles de mediación**

Existen dos formas de identificar a la materia transigible, por exclusión y la genérica. La clasificación por exclusión, establece cuáles materias no son sujetas de transigibilidad; entre las legislaciones más relevantes que la ejercitan están la chilena, la colombiana, y la panameña.

Mientras que, la genérica estipula que son los derechos patrimoniales sobre bienes que estén en comercio lícito y puedan ser objeto de convenio. Existen legislaciones como la argentina o peruana que regulan a la materia transigible de esta manera.

---

<sup>15</sup> Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, artículo 663: Conciliación.

<sup>16</sup> Carvalho, Mónica. *La Mediación como sistema complementario de administración de justicia en Brasil: la experiencia de Bahía*. Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid 2012.

<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/89TesismediaciOnbahia.pdf>.

Así también, la materia transigible se puede considerar de dos formas, la afirmativa o la negativa. La afirmativa es cuando se pronuncian de forma directa qué cosas o negocios pueden ser objeto de la misma; y, la negativa es cuando existen exclusiones o prohibiciones.

En referencia a las materias transigibles en una mediación, podemos detallar lo siguiente:

1. La acción civil sobre la indemnización del daño causado por un delito.
2. Los intereses meramente pecuniarios.
3. Derechos patrimoniales.
4. Toda clase o suerte de derechos, cualquiera sea su especie o naturaleza, aun subordinados a condición, siempre que no estén prohibidos; lo cual requiere la adición de los objetos vedados en cuanto a transigir.<sup>17</sup>

En el Ecuador las materias transigibles<sup>18</sup> de mediación se encuentran de forma dispersa, no obstante a aquello, nuestra Ley de Arbitraje y Mediación ha permitido que la mediación en la legislación ecuatoriana, vaya irradiando su campo de acción en todos los cuerpos jurídicos del sistema normativo, tal como se puede apreciar en la siguiente tabla:

---

<sup>17</sup> Aguirre, Juan. *Materia transigible: requisito para la mediación*. DerechoEcuador.com <https://www.derechoecuador.com/materia-transigible-requisito-para-la-mediacion-->.

<sup>18</sup> Donoso, Ana. La distinción entre materia transigible y no transigible radica en si se trata de derechos que son de libre disposición o no. Buscar entre los límites de la autonomía de la voluntad. Las personas pueden transigir respecto a los derechos que son renunciabiles

**Tabla No. 1**

**La presencia de la mediación en la legislación ecuatoriana**

<b>Constitución de la República del Ecuador (2008)</b>	
Artículo 97	Todas las organizaciones podrán desarrollar forma alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente. Con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir (p.67)
Artículo 190	Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en la que por su naturaleza se pueden transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la Ley (p.118)
Artículo 326	<p><b>Numeral 10.</b> Se adoptará el diálogo social para la solución de conflictos de trabajo y formulación de acuerdos”</p> <p><b>Numeral 11.</b> Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente”</p> <p><b>Numeral 12.</b> Los conflictos colectivos en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje. (p.188).</p>
Artículo 1453	Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos...
Artículo 2348	Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa
Artículo 2362	La transacción surte el efecto de cosa juzgada en última instancia, pero podrá pedirse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes

<b>Código de la Niñez y Adolescencia</b>	
Artículo 294	La mediación procede en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y adolescencia.
Artículo 295	Se llevará a cabo ante un Centro de Mediación de los señalados en el artículo siguiente. Los interesados podrán intervenir personalmente o por medio de apoderados. Se oirá la opinión del niño, niña o adolescente que esté en condiciones de expresarla
<b>Código de Trabajo</b>	
Artículo 555	Corresponde a la Dirección y Subdirección de Mediación Laboral: <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Elaborar y ejecutar programas de contacto entre empleadores y trabajadores , a través de sus respectivos organismos, encaminados a lograr un mejor entendimiento entre ellos;</li> <li>b) Realizar la mediación obligatoria conforme a lo previsto en éste código –art. 470-;</li> <li>c) Realizar la mediación previa a cualquier conflicto colectivo de trabajo;</li> <li>d) Impulsar la negociación colectiva y convertirla en medio eficaz para el establecimiento de mejores condiciones de trabajo y empleo;</li> <li>e) Impulsar y propender al trato extrajudicial de conflictos colectivos de trabajo, que tienda a aproximar las posiciones de las partes; y,</li> <li>f) Coordinar sus funciones y colaborar estrechamente con las Direcciones Regionales del Trabajo.”</li> </ul>
<b>Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo</b>	
Artículo 8	Intervenir como mediador en conflictos sometidos a su consideración por personas jurídicas y organizaciones populares con la administración pública, siempre y cuando el defensor del pueblo lo considere procedente y necesario”
<b>Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública</b>	
Artículo 104	Métodos Alternativos de solución de controversias. De existir controversias entre las partes contratantes, no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva

<b>Ley Orgánica de Empresas Públicas</b>	
Artículo 11	<p>Deberes y atribuciones del gerente general.</p> <p>El Gerente General, como responsable de la administración y gestión de la empresa pública, tendrá los siguientes deberes y atribuciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Iniciar, continuar, desistir y transigir en procesos judiciales y en los procedimientos alternativos solución de conflictos, de conformidad con la ley y los montos establecidos por el Directorio. El Gerente procurará utilizar dichos procedimientos alternativos antes de iniciar un proceso judicial, en todo lo que sea materia transigible.</li> </ul>

Fuente: Legislación ecuatoriana

Elaboración: propia

Por lo antes mencionado, se puede establecer que en el Ecuador las materias transigibles sujetas a mediación abarcan tanto el tema civil, laboral, niñez y adolescencia.

## 5. Efectos de la mediación

La mediación plantea una forma novedosa de administrar justicia generando una ruptura de prototipos en el modelo de administración de justicia ordinario, al hallarse sesgada hacia la pacificación como primer peldaño en la resolución de conflictos. Este mecanismo alternativo procura la consecución de desagavios aportados por las partes en controversia, en búsqueda de la reintegración de la armonía preexistente.

La importancia y utilidad de la mediación tiene reconocimiento en las sociedades que han comprendido el efecto positivo que se genera al mejorar el ambiente de armonía entre los miembros de la comunidad.

Cabe destacar que es importante apreciar la naturaleza integradora de los acuerdos, nacida de la ponencia de universalización de ganadores y cero perdedores, todo lo cual es consonante con el principio de eficacia propugnado como un medio de la realización de la justicia al tenor del artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador<sup>19</sup>, debiendo

---

<sup>19</sup> Constitución de la República del Ecuador. Art. 169.-El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

observarse que el ambiente poscontienda y los acuerdos de mediano y largo alcance, son aspectos que merecen ser valorados a la hora de auditar la satisfacción jurídico social de la mediación.

La mediación finaliza con la redacción del acuerdo, que puede ser total o parcial y el acta final. El artículo 363.3 y 363.5 del Código Orgánico General de Procesos, establece que son títulos de ejecución tanto el acta de mediación, como el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero que hayan sido debidamente homologados.

Es necesario recalcar que el objetivo primordial de la mediación no es únicamente solucionar controversias, sino convencer a las partes de que un juicio no es la vía más conveniente. Entre los efectos más destacados que posee la mediación podemos nombrar la rapidez con la que se puede solucionar un conflicto sin tener que someterse a la justicia común.

Para que la mediación consiga tener un impacto destacable se deberá tomar en consideración varios aspectos y uno de estos es que los profesionales tengan un alto desempeño para conducir y guiar a las personas que decidan someterse a mediación, pues la decisión de llegar a un acuerdo satisfactorio no solo dependerá de la predisposición y la buena voluntad que tengan las partes, sino también de lo que el mediador aporte en la audiencia<sup>20</sup>.

Además, podemos decir que la mediación produjo un fenómeno social importante sobre todo con respecto a los reclamos de menor cuantía. Ha permitido el acceso a la justicia a personas a las que les ocasionaría un gran costo económico y de causas en las que los montos reclamados no son tan altos como para ir a juicio, democratizando la posibilidad del reclamo y su satisfacción.

Así también, la mediación promueve el restablecimiento de la comunicación, pacificación de las partes, recomposición de la relación entre las partes y la prevención de la litigiosidad, acciones que se traducen en ahorro de dinero y frustración.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Rivera, Livia. *“La mediación y su aplicación como medio alternativo de solución de conflictos en la ciudad de Quito”*. Universidad Central del Ecuador. <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/5695/1/T-UCE-0013-Ab-005.pdf>.

<sup>21</sup> Luzi, Nora. *“Estudio de la mediación prejudicial obligatoria. Un aporte para el debate y la efectividad de los métodos alternativos de solución de conflictos en Argentina”*. Programa Naciones



Sería interesante que se fomente la capacitación de todos los agentes del proceso de mediación. Así como también, existan talleres de preparación de la mediación entre el abogado y sus clientes en los que se explique su finalidad y la negociación que va a llevar a cabo con la otra parte.

Para concluir, es importante destacar que existen externalidades y efectos intangibles respecto de los cuales –aunque no puedan ser medidos- puede obtenerse una aproximación de las consecuencias positivas o negativas que generan sobre la sociedad. Un nivel adecuado de justicia genera una externalidad positiva a todos los integrantes de la sociedad, aunque nunca requieran acceder a ella. Si las partes consideran conveniente la auto resolución de su conflicto con la ayuda de un tercero, la mediación será la vía idónea.

Pero si no quieren llegar a un acuerdo privado -por requerir publicidad en la sentencia, por considerar que sus beneficios serán mayores o por otras razones-, o si en el procedimiento de mediación o luego de él no llegan a un acuerdo de mutuo beneficio, siempre tendrán abierta la vía judicial. La mediación permitirá que los recursos disponibles para atender el sistema judicial puedan concentrarse en resolver de manera más eficiente aquellos casos en que ella no se aplica.<sup>22</sup>

---

Unidas para el Desarrollo - PNUD; Fundación Libra, 2012.  
[http://www.fundacionlibra.org.ar/Estudio\\_MPO\\_interior\\_Final.pdf](http://www.fundacionlibra.org.ar/Estudio_MPO_interior_Final.pdf).

<sup>22</sup> Gonzáles, Mariana. “*Evaluación de la mediación prejudicial en Argentina*”.  
[http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/55952/Documento\\_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=3](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/55952/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=3).

## **6. Ventajas y desventajas de la mediación**

Hay ventajas y desventajas de la mediación. La mediación es una forma ampliamente utilizada para la resolución alternativa de conflictos, porque puede ofrecer a las partes la oportunidad de resolver sus problemas sin la intervención del tribunal. De hecho, es tan popular que ahora se promueve el paso por esta instancia en cualquier asunto civil antes de ir a juicio. Este apartado explora las ventajas y desventajas para resolver cuestiones a través de mediación sin ir a juicio.

La mediación es considerablemente más barata que la vía judicial, ya que elimina el costoso proceso judicial. El litigio puede ser extremadamente caro porque las partes tienen que pagar para las deposiciones, informes judiciales, así como los honorarios de los abogados asociados con el proceso de descubrimiento. Debido a la velocidad y la inmediatez de la mediación, estos costos pueden ser eliminados por completo. Del mismo modo, las mediaciones pueden ser programadas en base a la conveniencia de las partes y los mediadores, que elimina la necesidad de esperar en una larga lista de casos. La mediación también es una ventaja, ya que no tiene lugar en audiencia pública y no se convierte en registros públicos. Esto puede ser beneficioso si las partes están tratando de mantener la confidencialidad.

Como desventaja la mediación puede ser una pérdida de tiempo y recursos, si una de las partes no tiene la intención de llegar a un compromiso. A pesar de que algunos Estados han promulgado leyes que obligan a las partes a actuar de buena fe, las partes todavía incurren en costos adicionales si deciden continuar con el litigio porque los honorarios de mediación no son reembolsables. Aunque podría ahorrar costos, la mediación no es una forma ideal para determinar la verdad o los hechos de un caso. En un caso de litigio, las partes han pasado por el proceso de descubrimiento mediante la recopilación de declaraciones de testigos y han tenido la oportunidad de revisar todos los contratos y documentaciones pertinentes. Si las partes están de acuerdo en la mediación vinculante, entonces sería muy difícil tener la decisión de dejar de lado si surgen hechos relevantes adicionales más adelante que podría haber influido en el resultado de la controversia.

Las ventajas y desventajas de la Mediación según Martínez de Murguía, 1999 son:

### **Ventajas:**

1. Aplicada de manera general y sistemática puede reducir mucho la carga de asuntos que están a la espera de ser resueltos por los tribunales de justicia.
2. Implica también un importante ahorro de tiempo y de dinero con respecto a la alternativa judicial.
3. Al contrario de lo que ocurre generalmente con los tribunales de justicia, el proceso de mediación es privado, y la información que se utiliza, así como los arreglos a los que se llega, es materia confidencial, lo que puede resultar altamente atractivo para muchas personas.
4. La naturaleza de la técnica de mediación basada en el dialogo, la comunicación y la importancia de la relación que mantienen las partes, favorece que la resolución del conflicto no suponga la ruptura de la relación y alienta a los participantes a mantener relaciones satisfactorias en el futuro.
5. Otra importante ventaja de la mediación es la flexibilidad: las partes interesadas acuden voluntariamente a la mediación para establecer sus exigencias y condiciones, deciden que es aceptable para ellas y definen también por si mismas la solución, de manera que no existen soluciones previstas de antemano ni se aprueba nada que las partes no acuerden por consenso. En definitiva, el resultado no tiene ninguna de las rigideces de una sentencia judicial.
6. Las soluciones acordadas pretenden que la relación se mantenga y sea de largo alcance: que no solo resuelvan el conflicto en lo inmediato, sino que ofrezcan un esquema aceptable de relación a largo plazo<sup>23</sup>.

Uno de los puntos más favorables de la mediación es el ahorro de tiempo y dinero, lo que permite que estas acciones redunden en ganancia de las partes involucradas e inclusive se traduce como beneficio para el Estado y la justicia misma, puesto que se optimizan los recursos que se invierten en los procesos de litigio.

---

<sup>23</sup>

<http://mediadoresinterculturales.blogspot.com/2010/07/principales-ventajas-y-desventajas-de.html>.

**Desventajas:**

1. Algunos expertos señalan que el mayor inconveniente de esta técnica es que no tiene en cuenta la diferencia de poder que puede existir entre las partes, y que por tanto puede inducir a la firma de acuerdos injustos para las partes más débiles o desfavorecidas, algo que en principio no ocurriría en un tribunal de justicia.
2. Existe además un desacuerdo sobre la conveniencia de que se imponga de manera obligatoria el recurso a la mediación como paso previo al procedimiento judicial. Según muchos expertos, el carácter voluntario es decisivo para el buen éxito de la mediación; además su obligatoriedad como paso previo cerraría el acceso a la justicia a quienes no quieran pasar por la mediación.
3. Un problema que atañe en particular a los Estados Unidos es que debido a que no se dictan sentencias en los casos de mediación, no se sientan precedentes jurídicos y no se desarrolla jurisprudencia. El resultado es que ello impide que se legisle con la rapidez necesaria para lograr un ordenamiento jurídico flexible, es decir que el buen éxito de la mediación podría afectar al sistema de impartición de justicia, haciéndolo más obsoleto e inadecuado para las nuevas situaciones.
4. Los infractores de la ley que se someten a la mediación pueden quedar impunes. Este es un problema que tiene que ver con la mediación entre víctima y ofensor, aunque también puede suceder en la mediación familiar si uno de los cónyuges ha golpeado y maltratado al otro. El mediador sería, en este caso, responsable de evitar que se llegue a acuerdos sobre conflictos que no son mediables.
5. Actas de mediación que por defectos de la misma, no pueden ser ejecutadas.

Como desventaja podríamos citar que existe la posibilidad de que la parte más vulnerable acepte un acuerdo poco favorable. Asimismo, se podría dar el caso de que se medie sobre circunstancias a las que no se puede llegar a un acuerdo sin cruzar el límite de la impunidad, sin embargo, a mi criterio y de la investigación que he realizado, con claridad

puedo manifestar de que las desventajas son casi nulas frente al gran aporte que ha significado para la sociedad en general, la aplicación de la mediación.



## Capítulo Segundo

### La mediación prejudicial obligatoria en el ámbito civil

La mediación prejudicial obligatoria es un procedimiento estructurado, que se inicia antes de un juicio y que requiere la asistencia *mandatoria* de los involucrados en el conflicto. El proceso será dirigido por un tercero neutral llamado mediador, éste debe actuar de manera imparcial, fomentar el diálogo y tratar de buscar las posibles soluciones con la intervención de las partes, las mismas que gozan de total autonomía para solucionar el conflicto.<sup>24</sup>

Con respecto a la voluntad en la mediación, el propósito de la misma no es imponer que se llegue a un acuerdo, sino que las partes se sienten a dialogar enmarcadas en el ordenamiento jurídico de un país, fomentando en la sociedad una cultura de paz en donde se deje de lado la vieja escuela de *victoria y derrota*, obteniendo acuerdos que sean beneficiosos para los involucrados y de manera paralela este mecanismo ayude a descongestionar las dependencias judiciales.

El tratadista Rubén Ortega Jaramillo explica, el motivo por el cual la voluntad o libertad puede perjudicar la justicia o el orden social.

La excesiva libertad perjudica el orden; y la demasía en el orden anula lamentablemente la libertad, siempre está la aplicación del pensamiento aristotélico que se contiene en el principio ya enunciado: la virtud está en el centro....pero también por otra parte, es fácil advertir el exceso de libertad, primero perjudica al orden y después a la justicia.

Haciendo un análisis de la voluntad de la mediación en el Ecuador, podemos reflexionar acerca de que en nuestro país los ciudadanos no sienten la necesidad de aplicar medios alternativos de solución de conflictos y se sigue utilizando la justicia ordinaria. En mi opinión la voluntad de la mediación prejudicial no afecta a la libertad de las partes, ya que las resoluciones que se tomen nacerán de los involucrados en la discusión e inclusive se

---

<sup>24</sup> Chacha, José. “*La Mediación Prejudicial Obligatoria como Mecanismo para Disminuir la Carga Procesal en los Juzgados de lo Civil de Quito*”. Universidad Central del Ecuador. 2016 <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/7390/1/T-UCE-0013-Ab-346.pdf>.

respetará la decisión en caso de no llegar a ningún acuerdo, ya que siempre tendrán como opción continuar la disputa por la vía judicial.

## **1. Realidad de la mediación prejudicial obligatoria en otras legislaciones**

### **1.1 Argentina**

La aceptación en Argentina de la mediación prejudicial obligatoria, como primera enseñanza, y quizás la más importante, que fue reconocida tanto social como por parte del colectivo de abogados.

Cuando se instauró en 1996 fue sujeto de muchas críticas, en especial de parte de los abogados, que veían en la mediación una fuente de demoras, costes y –sobre todo– un peligro para sus ingresos. Sin embargo, 23 años después, la opinión general es que la mediación prejudicial obligatoria es una herramienta que optimiza tiempos, ahorra dinero y produce una mayor satisfacción a las partes en disputa.

Prueba de esto es que no sólo se ha prorrogado la vigencia de la ley original de mediación cuya duración era de 10 años, sino que además, la mayoría de las provincias argentinas han ido incorporando paulatinamente un sistema de mediación prejudicial obligatoria.

Esta percepción también se ha extendido a los tribunales; una encuesta de 2008 realizada a 200 jueces revela lo siguiente:

- 77,5 % considera a la mediación como buena o muy buena;
- 83,5% considera útil la derivación judicial para expedientes ya iniciados;
- Sólo un 3 % considera que las partes recurrirían voluntariamente a la mediación si esta no fuera obligatoria”.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> <http://www.kiosko-ammediadores.es/ensenanzas-la-ley-argentina-mediacion-pre-judicial-obligatoria/>.



La mediación prejudicial obligatoria en Argentina es un método muy eficaz para descongestionar los tribunales. Según cita del diario argentino Clarín, entre 1996 y 2006, se han sorteado 186.487 mediaciones, de las cuales sólo un 65.357, o sea un 35%, continuaron por la instancia judicial. Esta estadística es similar a las informadas por la Fundación Libra; esto quiere decir que el 65% de los casos la mediación sirvió para que se llegue a un acuerdo o al menos se desista del juicio. Hay que tener presente que esta estadística sólo se refiere a las mediaciones sorteadas. No hay estadísticas acerca de la cantidad de mediaciones efectuadas a propuesta de la parte requirente o de común acuerdo, pero se estiman que han sido muchas más que las sorteadas.

Por lo tanto, se puede decir que Argentina fue uno de los primeros países en adoptar este tipo de sistema judicial, puesto que sus inicios se remontan a los años noventa, para lo posterior con la sanción y promulgación de la Ley 24.573 que instruye la mediación prejudicial obligatoria junto con la reforma del Código Procesal Civil de la nación y se da un notable impulso a la instauración de los métodos RAC –Resolución Alternativa de Conflictos- en la República Argentina.

En la actualidad, luego de varios años de los inicios del movimiento RAC en la Argentina y a desde la plena vigencia de la Ley, se puede afirmar que estamos en presencia de una nueva profesión, ya que la mediación se va afianzando día tras día y su inserción como forma de resolver conflictos excede ampliamente los ámbitos de la comunidad jurídica.

No obstante, sin ánimo de restar importancia a los desarrollos actuales, se puede decir que el origen del movimiento RAC en Argentina, se lo encuentra en la idea de mejorar el servicio y la calidad de la justicia y fue materializada con una acción conjunta de los poderes Ejecutivo y Judicial.

Tomando en cuenta estos referentes, se puede interpretar que la mediación prejudicial obligatoria en Argentina ha contribuido positivamente, demostrando que es un medio idóneo para bajar la litigiosidad y descongestionar los tribunales en al menos una tercera parte. Por otro lado, su obligatoriedad (como requisito previo para poder iniciar un proceso judicial) generó una resistencia inicial; pero luego ha sido aceptada tanto por la sociedad como por la

mayoría de los abogados y jueces, creando un verdadero cambio de paradigma que trascendió ampliamente el objetivo inicial de descongestionar los tribunales.

Cabe recalcar que en la provincia de Buenos Aires, la Ley 13.951 (2009) instauró un sistema similar al previsto en la órbita nacional, también un esquema letrado y obligatorio (imponiendo como condición de admisibilidad la pretensión, la constancia de haber transitado esta fase previa).

Es de señalar que casi la totalidad de las provincias argentinas han organizado sistemas de mediación como método de solución alternativa de conflictos, con algunas variantes en cuanto a su forma de implementación. Por ejemplo, en Córdoba existe un diseño de mediación sólo parcialmente obligatoria en el ámbito civil y comercial (Ley 8858, del año 2000).

A la hora de evaluar los resultados de la mediación previa obligatoria en los más de quince años de experiencia en la Argentina, pueden destacarse algunos elementos relevantes, pese a la falta de sistematización de los relevamientos estadísticos públicos disponibles, como lo muestra la siguiente tabla:

**Tabla No. 2**  
**Mediación de sorteo en el fuero civil de la Capital Federal**  
**(23/04/1996- 23/04/2013)<sup>26</sup>**

<b>Año</b>	<b>Sorteos</b>	<b>Expedientes judiciales derivados de mediaciones de sorteo (del mismo año o de años anteriores)</b>	<b>% Derivados</b>
1996	29.131	4.854	16,66
1997	43.045	14.302	33,23
1998	32.528	13. 747	42,26
1999	23.120	9.602	41,53
2000	16-467	6.835	41,51
2001	11.548	4.695	40,66
2002	9.787	3.756	38,38
2003	7.687	3.120	40,59
2004	6.194	2.161	34,89
2005	5.619	1.887	33,58
2006	5.323	1.650	31,00
2007	4.990	1.600	32,06
2008	4.508	1.442	31,99
2009	4.202	1.229	29,25
2010	3.787	1.209	31,93
2011	3.047	1.100	32,29
2012	2.972	1.007	33,88
2013	685	205	29,93
<b>Total</b>	<b>215.000</b>	<b>74.401</b>	<b>34,61</b>

Fuente: Poder Judicial de la Nación - Argentina, *Mediación*

Elaboración: Geannini, Leandro J.

<sup>26</sup>Geannini, Leandro J. *Mediación, Paternalismo e Incentivos. La experiencia de la mediación obligatoria en Argentina.*  
[https://www.cejamericas.org/Documentos/ponencias\\_seminariodnj\\_baires/PANELD\\_GIANNINI\\_Mediacionpaternalismoeincentivos.pdf](https://www.cejamericas.org/Documentos/ponencias_seminariodnj_baires/PANELD_GIANNINI_Mediacionpaternalismoeincentivos.pdf).

Como puede verse, sobre la totalidad de mediaciones sorteadas -23- durante el período analizado, solo el 34,6% culminaron en sede judicial, lo que implica una tasa del 65,4% que no llega a juicio.

Ante estas estadísticas es inminente el éxito que ha tenido la mediación en la realidad Argentina, incluyendo variantes de acuerdo al sistema judicial de cada provincia, lo que ha permitido obtener un nivel de satisfacción elevado en los usuarios.

## **1.2 Chile**

Si comparamos el modelo argentino descrito en líneas anteriores, frente al modelo chileno, tenemos que éste último se ubica en América con la más alta tasa de litigiosidad, con un ingreso anual de causas que sigue aumentando. Así en Chile en el 2008 ingresaron 13% más de causas que en el 2007. Dicho aumento de causas, ha sido enfrentado y contrarrestado con un incremento sostenido del presupuesto judicial, que entre 2003 y 2007 aumento en 50%, y con una mayor capacidad para poner término a las causas pendientes.

En este apartado se analizarán las características de la mediación y las razones que explican la tendencia actual de la mediación comercial en Chile, la constitucionalidad de su manifestación forzosa y los diversos mecanismos utilizados en el derecho comparado. Pese a la raigambre esencialmente voluntaria a la mediación como se dijo, las razones de política judicial y el anhelo siempre latente de minimizar los costos económicos y sociales de una litigiosidad excesiva, han llevado a algunas legislaciones comparadas a imponer la mediación como un estadio previo y necesario para acceder al proceso. Pero no solo en el ámbito de los asuntos de familia o de salud como ocurre en Chile<sup>27</sup>, donde la obligatoriedad encuentra su justificación en el carácter supraindividual de los intereses involucrados, si no en aquellos conflictos de carácter mercantil que, como tales, traen causas en materias de orden patrimonial que son enteramente disponibles para ellas.

Entonces, ¿por qué y para qué de la mediación comercial en Chile? Las razones para ello son variadas, aunque pueden focalizarse en torno a dos grandes núcleos: la desjudicialización, como mecanismo de descarga de los tribunales de justicia; y la eficiencia

---

<sup>27</sup> Ministerio de Justicia: (“Tasas Judiciales”. Panel de expertos, 2013), p.12.

económica en la solución de los conflictos, como vía de reasignación de recursos escasos hacia fines de mayor rentabilidad social.

A continuación se mostrarán algunos datos estadísticos en el sistema judicial chileno:

Como se señala en el “Perfil de Proyecto” del Programa BID sobre “Apoyo a la Reforma Judicial”<sup>28</sup>, aprobado en julio de 2010, según el “Reporte Sobre la Justicia en las Américas del Centro de Estudios de Justicia de las Américas” (CEJA), Chile es el país de América Latina con la tasa más alta de litigiosidad, con un ingreso anual de causas que siguen aumentando (en 2008 ingresaron 13% más de causas que en 2007).

Según las estadísticas publicadas por el Poder Judicial, de 126.219 causas ingresadas a las Cortes de Apelaciones del país entre 2010 y 2012, el 20,4% fueron de naturaleza civil y comercial. A ellas se suma 49,3% de causas de diversas índoles que no encajan en los ingresos de la jurisdicción de familia, laborales y penales<sup>29</sup> observándose además una tendencia al aumento de ingresos, que en el periodo 2011-2012 alcanzó 20,69% y en donde el mayor impacto lo generan precisamente las causas civiles<sup>30</sup>.

### 1.3 Colombia

La conciliación es uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos más importantes y desarrollados en Colombia. Son varios los operadores con capacidades conciliatorias, por ejemplo, instituciones públicas, privadas, centros de conciliación, y conciliadores, todos forman parte del Sistema Nacional de Conciliación.

En Colombia se aplica la conciliación a diario; sin embargo, en la práctica cada uno de ellos lleva a cabo el procedimiento conciliatorio de una manera distinta, a pesar de que las normas legales que rigen la conciliación son las mismas.<sup>31</sup>

Los procesos conciliatorios, son los pasos que un conciliador –en algunos casos con ayuda de un centro de conciliación- realiza para hacer una conciliación extrajudicial en

---

<sup>28</sup> Proyecto BID N°CH-L1058, “Perfil de Proyecto”, p.1 (Disponible en <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35080924>)

<sup>29</sup> “Estadísticas Judiciales 2010-2012”, p.8.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, p.45.

<sup>31</sup> [https://www.mediate.com/articles/procedimiento\\_conc\\_en\\_colombia.cfm](https://www.mediate.com/articles/procedimiento_conc_en_colombia.cfm).

derecho, el cual empieza con la realización de una solicitud de conciliación en derecho al operador que la persona implicada desee, y termina con el seguimiento que debe realizarse a los casos atendidos, y para efectos de este proceso, se realiza una audiencia de conciliación como parte de este procedimiento.

Así, definido el procedimiento conciliatorio, en Colombia la conciliación extrajudicial en derecho está reglamentada en una serie de normas de cumplimiento obligatorio como son la Ley 640 de 2001, la Ley 446 de 1998 y la Ley 23 de 1991, y aunque estén estas normas, muchos conciliadores llevan a cabo las conciliaciones con procedimientos distintos.

Los criterios que son tenidos en cuenta y la forma en la que las leyes son interpretadas por los conciliadores en muchos casos difieren mucho las unas de las otras, y aunque que la conciliación es un proceso flexible e informal en este país, debe establecerse un ordenamiento jurídico estándar de los criterios al desarrollar estos procesos para que sean justos y equitativos, logrando de esta manera que no dependan del criterio de la entidad que lo lleve a cabo.<sup>32</sup>

En la página del Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia<sup>33</sup> se detallan las utilidades más destacadas que ha tenido la conciliación en este país, entre las que tenemos:

- Evita el escalamiento del conflicto;
- Posibilita la efectividad de la justicia;
- Resuelve pacíficamente los conflictos;
- Acerca la justicia al ciudadano;
- Restablece el tejido social;
- Descongestiona los despachos judiciales;
- Ahorra tiempos y costos;
- Fortalece la autonomía y la solidaridad.

---

<sup>32</sup> <http://conciliacionyarbitrajeunaula.com/2016/04/28/proceso-de-conciliacion-en-derecho-en-colombia/>

<sup>33</sup> <http://www.minjusticia.gov.co/MASC/%C2%BFQu%C3%A9esConciliaci%C3%B3nenDerecho.aspx>.

Entre las materias susceptibles de mediación en Colombia están:

- Fijación cuota alimenticia;
- Conflictos de convivencia;
- Responsabilidad extra-contractual en accidentes de tránsito sin lesiones personales;
- Custodia de hijos y regulación de visitas;
- Préstamos o deudas no canceladas por concepto de ventas y pago de facturas;
- Asuntos laborales;
- Obligaciones en General;
- Lesiones personales culposas;
- Propiedad horizontal particularmente cuota de administración Restitución de inmueble arrendado;
- Accidentes de tránsito sin lesiones personales;
- Liquidación de la sociedad conyugal;
- Daño en bien ajeno;
- Disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de hecho;
- Injuria y calumnia cuando no trascienda;
- Abuso de confianza;
- Injuria y calumnia indirecta.

Lo que a continuación se detalla son las materias que no se pueden someter a conciliación:

- De familia: Patria potestad, adopción, divorcio, cesación de efectos civiles y nulidad del matrimonio;
- De arrendamiento: Arrendamiento de bienes públicos;
- Penales: Delitos no querellables y con pena privativa de la libertad, violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria;
- Agrarios: Unidad agrícola familiar y uso del suelo;
- De tránsito: Personas con lesiones cuya incapacidad sea superior a 60 días y muerte en accidente de tránsito;

- Ambientales: Contaminación, talas y quemas en bosques, delitos ambientales;
- Civiles: Cambios del estado civil de una persona;
- Policivos: Multas y sanciones;
- Comercio: Insolvencia económica de persona natural no comerciante, insolvencia empresarial, cobros coactivos y de tipo sancionatorio contra comerciantes o empresas;
- Administrativos: Conflictos entre particulares y entidades públicas

## **2. Estadísticas de mediación en el Ecuador**

A continuación hago referencia de las estadísticas de mediación en el Ecuador que se registran en diferentes instituciones.

### **a) Corte Provincial de Justicia de Guayas**

En una entrevista realizada por diario El Telégrafo el 08 de septiembre de 2018 al presidente de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, Gabriel Manzur, dio a conocer que el estado se ha ahorrado en los últimos cuatro años \$ 40'598.675 por el incremento del uso de este servicio. Solo de enero a julio de 2018 se economizaron \$ 5'407.025.

De acuerdo con el departamento de Planificación y Estadística de la Función Judicial, un juicio cuesta \$ 470 y un caso de mediación \$ 145. La diferencia de esto es de \$ 325 por cada causa resuelta con este sistema, explicó Cielito Mora Baca, coordinadora Técnica en Guayaquil. Pero en la mediación no todo es gratis. Según Mora, el usuario pagará una tasa inicial de \$ 20 en casos que representen valores. Para ella, el mediador “garantiza de que el acuerdo al que las partes lleguen no vulneren sus derechos”. Hasta el momento trabajan 159 mediadores en 140 oficinas instaladas en 115 cantones de las 24 provincias del país<sup>34</sup>.

En el siguiente gráfico estadístico se puede observar el número de acuerdos logrados en los últimos cuatro años, así como las causas por materia de enero a julio de 2018.

---

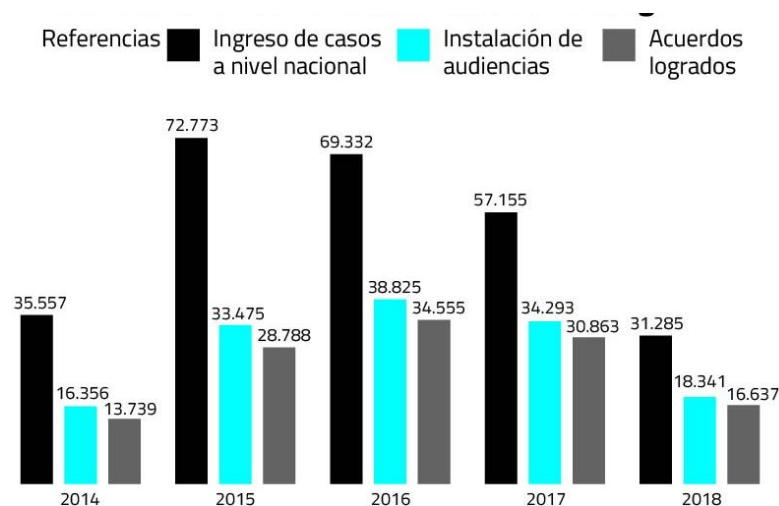
<sup>34</sup> <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/mediacion-justicia-ahorro-estado-ecuador>.



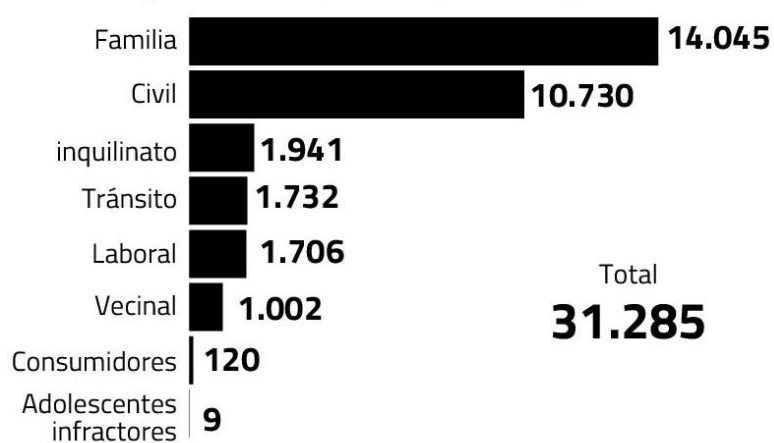
## Gráfico No. 1

### Estadísticas de mediación de la Corte Provincial del Guayas

#### La solución del conflicto se facilita en 115 cantones del país



#### Causas por materia (de enero a julio de 2018)



el telégrafo

Fuente: Corte Provincial de Justicia del Guayas

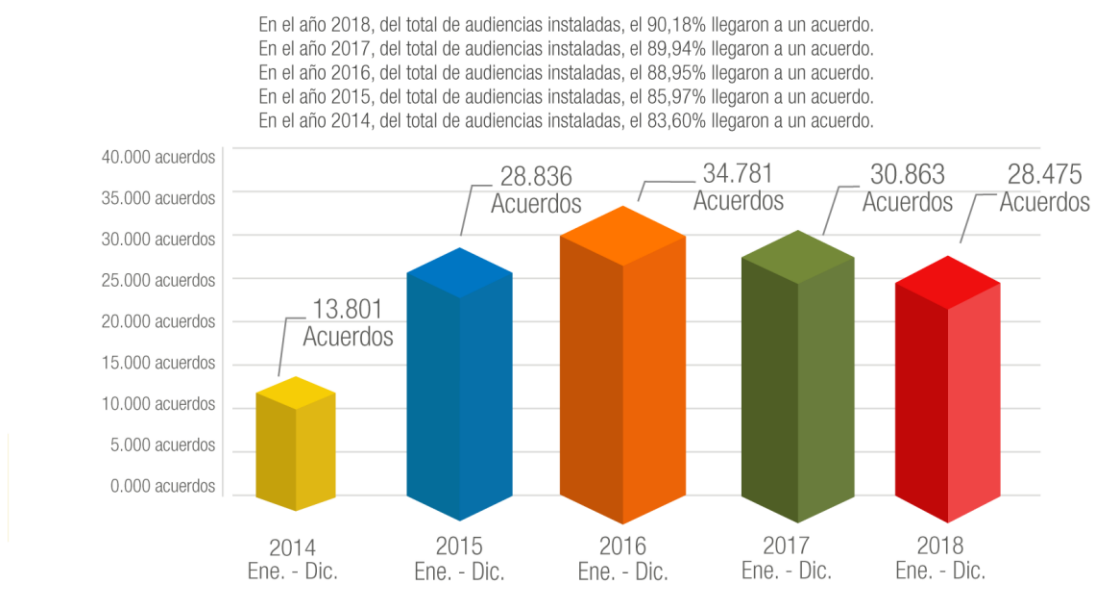
Elaboración: Diario El Telégrafo

### b) Función Judicial

La información recabada por el centro de mediación de la Función Judicial se plasma a continuación en gráficos estadísticos que reflejan los acuerdos logrados desde el 2014 hasta el 2018. Pudiendo observarse que desde en el 2014 se llevaron a cabo 13.801 acuerdos, incrementándose esta cifra para el 2018 en 28.475 acuerdos. Lo que denota que la mediación ha tenido aceptación y resultados favorables para la ciudadanía.

**Gráfico No. 2**

#### **Acuerdos de mediación logrados por años**

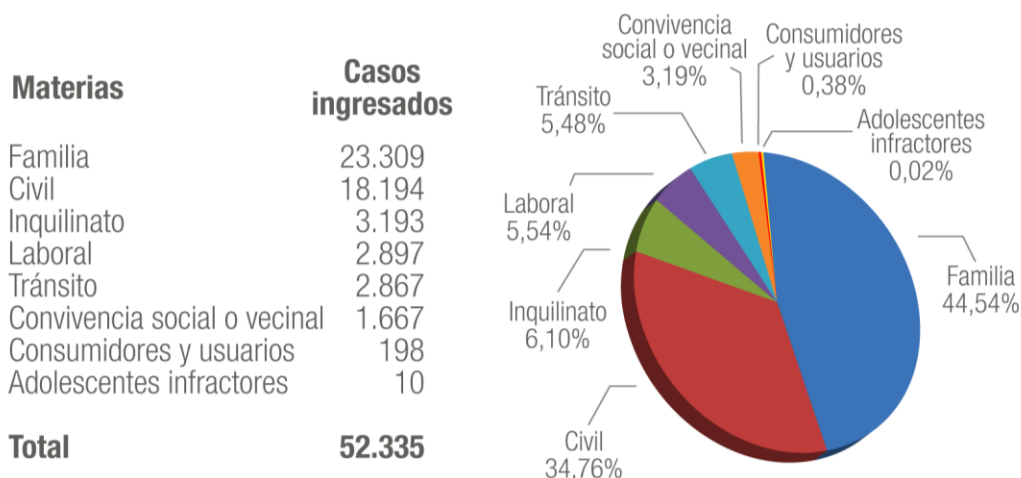


Fuente: Centro de mediación de la Función Judicial

Elaboración: Gestión Nacional de mediación de la Función Judicial

Así mismo se muestra la estadística de los casos ingresados por materia transigible, registrando el mayor porcentaje familia con 23.309 casos que corresponden al 44,54%, seguido por civil con 18.194 casos que corresponden al 34,76%.

**Gráfico No. 3**  
**Ingresos de casos por materia transigible**

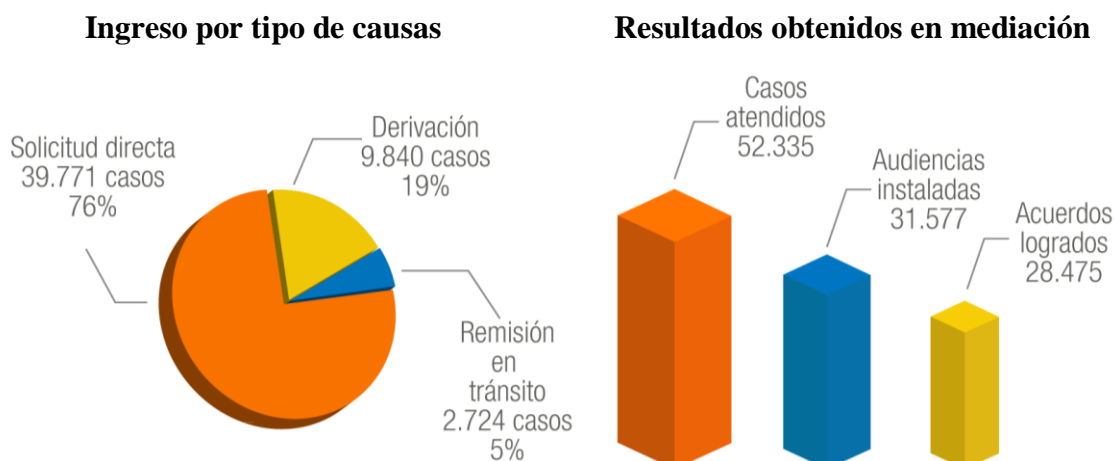


Fuente: Centro de mediación de la Función Judicial

Elaboración: Gestión Nacional de mediación de la Función Judicial

Desde enero a diciembre de 2018, el Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial recibió 52.335 casos entre solicitudes directas, derivaciones y remisiones en tránsito, obteniendo los siguientes resultados:

**Gráfico No. 4**



Fuente: Centro de mediación de la Función Judicial

Elaboración: Gestión Nacional de mediación de la Función Judicial

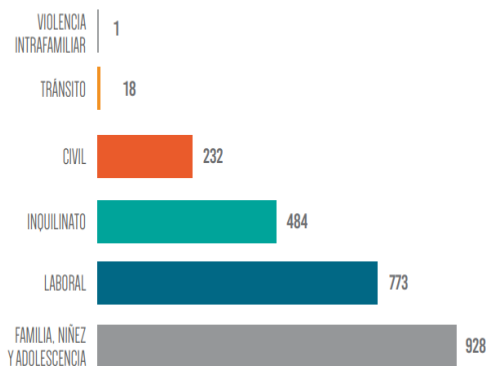
### c) Defensoría Pública

La Defensoría Pública tiene registros estadísticos desde diciembre de 2015 hasta noviembre de 2016, mismos que fueron elaborados por la Dirección Nacional de Investigaciones, tomando como fuente el sistema de gestión de información de la Defensoría Pública Aplicadas. A continuación se detallan los datos estadísticos extraídos del boletín estadístico de la Defensoría Pública 2016<sup>35</sup>:

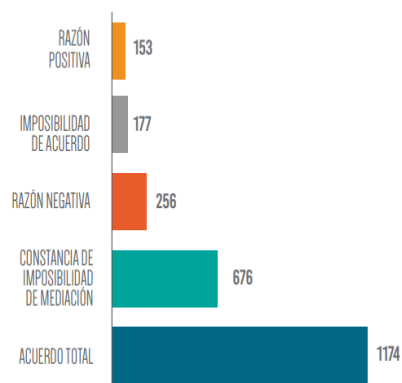
**Gráfico No. 5**  
**Mediación por tipo de acuerdo**  
**Diciembre 2015 – noviembre 2016 ISO**

MATERIA	TIPO DE ACUERDO					TOTAL
	ACUERDO TOTAL	CONSTANCIA DE IMPOSIBILIDAD DE MEDIACIÓN	RAZÓN NEGATIVA	IMPOSIBILIDAD DE ACUERDOS	RAZÓN POSITIVA	
FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	600	170	55	75	28	928
LABORAL	288	258	117	43	67	773
INQUILINATO	219	154	28	40	43	484
CIVIL	50	94	56	17	15	232
TRÁNSITO	16	0	0	2	0	18
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	1	0	0	0	0	1
<b>TOTAL</b>	<b>1174</b>	<b>676</b>	<b>256</b>	<b>177</b>	<b>153</b>	<b>2436</b>

MEDIACIÓN POR MATERIA  
DICIEMBRE 2015 - NOVIEMBRE 2016 (SD)



MEDIACIÓN POR TIPO DE ACUERDO  
DICIEMBRE 2015 - NOVIEMBRE 2016 (SD)



Fuente: Sistema de Gestión de información de la Defensoría Pública

Elaboración: Dirección Nacional de Investigaciones aplicadas. Boletín estadístico 2016.

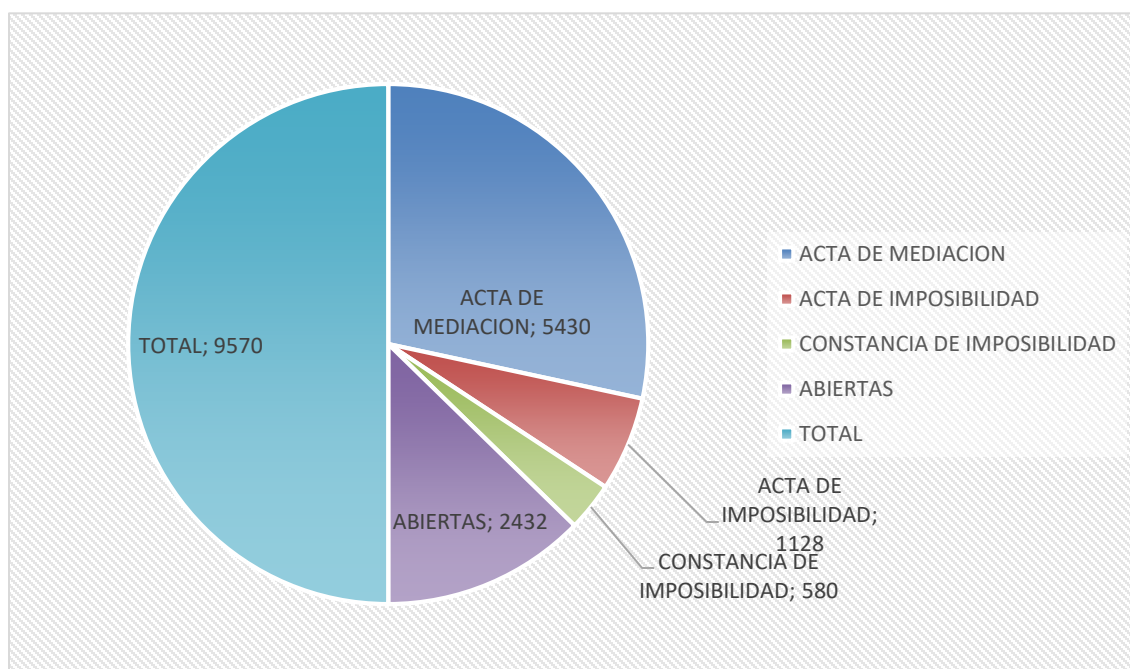
<sup>35</sup><http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/1758/1/BOLETI%CC%81N%20CIFRAS%202016.pdf>.

Podemos notar que la materia en la que se han tratado mayor número de casos es la referente a Familia, niñez y adolescencia seguida por laboral. En referencia a los tipos de acuerdos es evidente que el número de acuerdos totales es significativamente mayor frente a las constancias de imposibilidad de mediación.

#### **d) Cámara de Comercio de Quito. Centro de arbitraje y mediación**

El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, a partir del año 1997 a febrero de 2019, ha receptado 9570 casos, de los cuales 5430 han concluido con firma de Acta de Mediación, 1128 Actas de Imposibilidad de Acuerdo, 580 Constancias de imposibilidad.

**Gráfico No. 6**  
**Resultados obtenidos en mediación**



Fuente: Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito  
Elaboración: Cámara de Comercio de Quito

**Tabla No. 3**  
**Mediaciones ingresadas por año**

Año	Nº casos
2002	180
2003	129
2004	191
2005	235
2006	224
2007	257
2008	284
2009	283
2010	304
2011	325
2012	392
2013	334
2014	620
2015	736
2016	534
2017	1252
2018	2564
2019	166
<b>TOTAL:</b>	<b>9570</b>

Fuente: Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito  
Elaboración: Cámara de Comercio de Quito

Como podemos observar en esta tabla los dos últimos años incrementaron los casos de mediación en una cifra importante duplicándose para el 2017 y para el 2018 volviéndose a duplicar frente al resultado del año anterior. Lo que nos hace entender que la mediación está teniendo una aceptación favorable en la ciudadanía.

**Ingreso por tipo de causas:**

1. Mediaciones Comerciales: 7293 (1997 – 2019)
  - a) Empresarial, contratos : 7028
  - b) Familiar: 215
  - c) Laboral: 50

## 2. Mediaciones Bancarias: 2277 (1997 – 2019)

Todos los casos ingresados corresponden a materia transigible.

### Resultados obtenidos:

6558	Total de casos cerrados
5430	Total de casos cerrados con actas de mediación
<b>82,80%</b>	<b>Efectividad de la mediación</b>

## 3. Propuesta de implementación de la mediación prejudicial obligatoria en el Ecuador

### 3.1 Justificación

En el Ecuador algunos juristas han debatido acerca de la problemática del antagonismo entre métodos de solución de conflictos en el proceso civil ecuatoriano. En este contexto Aura Díaz de Perales, profesora de la Escuela de Derecho UMET – Quito, realizó un análisis interpretativo en el que concluyó:

Ecuador tiene un ordenamiento jurídico robusto en materia de métodos alternativos de solución de conflictos, pero los legisladores deben revisar el Código Orgánico General de Procesos COGEP y hacer los cambios pertinentes para solventar la situación de antagonismo en la aplicación que hacen los jueces especialmente de la mediación y conciliación.

En el caso del Estado ecuatoriano, se han venido haciendo esfuerzos para lograr una mayor eficacia y efectividad en los procesos judiciales y en ese orden se han hecho cambios sustanciales a nivel legislativo para hacer más accesible la justicia, especialmente después de la promulgación de la Constitución de 2008, la cual en su Artículo 190 reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos.

Por esta razón se hace obligatorio reformar las leyes que no concuerden con su espíritu y propósito patentizado en los principios que la sustentan.

Asimismo, es necesario señalar, que aun cuando se ha querido de alguna manera armonizar el procedimiento judicial con los métodos alternativos de solución de conflictos, ambos son procedimientos diferentes, incluso antagónicos.

Con respecto a la mediación en la solución de conflictos cuenta con principios que son básicos para ella, tales como: voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, buena fe, flexibilidad, profesionalidad, economía y celeridad procesal.

Cuando nos referimos a la voluntariedad, algunos juristas sostienen que al ser la mediación prejudicial obligatoria, se estaría violando este principio. Sin embargo, es necesario aclarar que la voluntariedad está relacionada con el respeto a la potestad que tiene alguien de dirigir sus propias acciones para obtener unos resultados.

Este principio consiste en asegurar a las partes que participan en la mediación que no existirá coerción para obligarlas a nada, ni a buscarla, ni a ponerse de acuerdo para resolver un conflicto, ni mucho menos llegar a acuerdos.

Es necesario instaurar una cultura de paz que involucre a todos los actores de la mediación, esto es: las partes, el mediador e inclusive los profesionales del derecho que patrocinan las causas; puesto que todos deben familiarizarse con el procedimiento e inclusive tener la opción de resolver un conflicto de manera más eficaz.

Para la elaboración de esta propuesta de reforma se ha considerado los preceptos legales y constitucionales que determinan como uno de los derechos de los ecuatorianos el presentar iniciativas de la normativa para lo cual se requiere contar con el respaldo de un número no inferior al cero punto veinticinco por ciento de las personas inscritas en el padrón electoral nacional; y, la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, establece que los ciudadanos podrán presentar iniciativas de normativa popular.

A continuación cito los artículos de la Constitución que establece dicho derecho:

**Art. 61.-** Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: (...) 3. Presentar proyectos de iniciativa popular normativa.

**Art. 103.-** La iniciativa popular normativa se ejercerá para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa o cualquier otro órgano con competencia normativa. Deberá contar con el respaldo de un número no inferior al cero punto veinte y cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente.

**Art. 134.-** La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde: (...) 5. A las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008.



### **3.2           Objetivo general**

Elaborar una propuesta de implementación de la mediación prejudicial obligatoria en el Ecuador.

### **3.3           Objetivo específico**

Fortalecer los mecanismos de resolución de conflictos y coadyuvar a la descongestión de la carga procesal en los juzgados civiles del Ecuador.

### **3.4           Beneficiarios**

La eficaz aplicación de la norma jurídica contenida en la Ley de Arbitraje y Mediación como del Código Orgánico General de Procesos, favorecerá a la toda la ciudadanía ecuatoriana y además se consolidará el desarrollo humano y buen vivir de la población, consagrado en la Constitución de la República. La correcta estructuración de la normativa y la adecuada aplicación, aportará al bienestar de los sectores más vulnerables de la sociedad, garantizando una atención eficiente y eficaz traducida en ahorro de dinero y tiempo.

### **3.5           Beneficiarios directos**

La ciudadanía ecuatoriana podrá tener un lugar donde recurrir para resolver los conflictos que surjan, en lugar de tratar de hacerlo por sus propias manos, evitando que las disputas se manejen en forma inadecuada y concluyan inclusive de manera violenta. Convirtiéndose en un aporte para el desarrollo social.

### **3.6           Beneficiarios indirectos**

Los juzgados civiles, verán disminuida su carga procesal pudiendo enfocarse a los conflictos que ameriten ser tratados por vía judicial y resolver de manera más ágil los procesos a su cargo.

### 3.7 Descripción de la propuesta

La presente propuesta de Reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación se basó en la Ley 26.589 de Argentina que establece la mediación prejudicial como obligatoria, destacándose el objeto de la obligatoriedad, la instauración del “requisito previo al inicio de un procedimiento civil” y finalizando con el detalle de los casos en que no procede la mediación prejudicial obligatoria.

Es importante destacar que la Ley de mediación y conciliación de Argentina ha tenido una influencia en el sistema judicial de dicho país, al existir variaciones significativas en la disminución de procesos judiciales como en los plazos que conlleva la aplicación de los trámites jurisdiccionales.

Así también se distinguen cambios enlazados con la gestión y el tratamiento de las divergencias por parte de los operadores de justicia, jueces, abogados, funcionarios judiciales y usuarios<sup>37</sup>.

Es por ello que la presente propuesta ha sido recogida de la invocada Ley foránea por existir evidencias estadísticas que demuestran la efectividad de mediar previo al inicio de un procedimiento judicial. Resultados que se incrementarían en un gran porcentaje al aplicar la obligatoriedad.

---

<sup>37</sup> Luzi, Nora. “*Estudio de la mediación prejudicial obligatoria. Un aporte para el debate y la efectividad de los métodos alternativos de solución de conflictos en Argentina*”. Programa Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD; Fundación Libra, 2012. [http://www.fundacionlibra.org.ar/Estudio\\_MPO\\_interior\\_Final.pdf](http://www.fundacionlibra.org.ar/Estudio_MPO_interior_Final.pdf).

Tabla No 4

## Propuesta de Reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación

ACTUAL	PROPUESTA
<b>Título II</b> <b>De la mediación</b>	<b>Título II</b> <b>De la mediación <i>prejudicial</i></b> <b><i>obligatoria</i></b>
<p><b>Art. 43.-</b> La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.</p>	<p><b>Art. 43.- <i>Objeto.</i></b> Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial, definitiva, que ponga fin al conflicto y con el carácter mandatorio previo al inicio de un procedimiento judicial civil en caso de no lograr acuerdo.</p>
<p><b>Art. 46.-</b> La mediación podrá proceder:</p> <p>a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo</p>	<p><b>Art. 46.-</b> La mediación <i>prejudicial</i> obligatoria será un requisito previo al inicio de un procedimiento civil. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente.</p> <p><i>El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en los siguientes casos:</i></p> <p><b>a)</b> <i>Acciones penales;</i></p> <p><b>b)</b> <i>Acciones de separación personal y divorcio controvertido, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales</i></p>

<p>a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales;</p> <p>b) A solicitud de las partes o de una de ellas; y,</p> <p>c) Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.</p> <p>Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del centro de la notificación del juez, no se presentare el acta que contenga el acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al juez su decisión de ampliar dicho término</p>	<p><i>derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador;</i></p> <p><i>c) Causas en que el Estado ecuatoriano, los municipios o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa;</i></p> <p><i>d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación;</i></p> <p><i>e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos;</i></p> <p><i>f) Medidas cautelares;</i></p> <p><i>g) Diligencias preliminares y prueba anticipada;</i></p> <p><i>h) Juicios sucesorios;</i></p> <p><i>i) Concursos preventivos y quiebras;</i></p> <p><i>j) Convocatoria a asamblea de copropietarios;</i></p>
---	---

Fuente: Legislación ecuatoriana y Ley 26.589 Mediación y Conciliación - Argentina

Elaboración: propia

Con respecto a la reforma propuesta sugerida para el Código Orgánico General de Procesos, la misma consiste en incorporar *el acta de imposibilidad de mediación prejudicial obligatoria* como uno de los requisitos para poder presentar una demanda.

Cabe indicar que al existir un instructivo denominado “Derivación de causas judiciales a centros de mediación y arbitraje” que se encuentra vigente, -promulgado en Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura en el Registro Oficial 139 del 01 de agosto de 2007-; documento que quedaría sin efecto al momento de implementarse la mediación prejudicial obligatoria en el Ecuador.

Se hace necesario incluir este cambio para que todas las leyes guarden concordancia con la implementación de la mediación prejudicial obligatoria en nuestro país.

Tabla No 5

## Propuesta de Reforma al Código Orgánico General de Procesos

ACTUAL	PROPUESTA
<p style="text-align: center;"><b>Título I</b> <b>Actos de Proposición</b> <b>Capítulo I</b> <b>Demanda</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>Título I</b> <b>Actos de Proposición</b> <b>Capítulo I</b> <b>Demanda</b></p>
<p><b>Art. 142.- Contenido de la demanda.</b> La demanda se presentará por escrito y contendrá:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La designación de la o el juzgador ante quien se la propone</li> <li>2. Los nombres y apellidos completos, número de cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte, estado civil, edad, profesión u ocupación, dirección domiciliaria y electrónica de la o del actor, casillero judicial o electrónico de su defensora o defensor público o privado. Cuando se actúa en calidad de procuradora o procurador o representante legal se hará constar también los datos de la o del representado...</li> </ol>	<p><b>Art. 142.- Contenido de la demanda.</b> La demanda se presentará por escrito y contendrá:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La designación de la o el juzgador ante quien se la propone</li> <li>2. Los nombres y apellidos completos, número de cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte, estado civil, edad, profesión u ocupación, dirección domiciliaria y electrónica de la o del actor, casillero judicial o electrónico de su defensora o defensor público o privado. Cuando se actúa en calidad de procuradora o procurador o representante legal se hará constar también los datos de la o del representado.</li> <li>3. <i>El acta de imposibilidad de mediación prejudicial obligatoria...</i></li> </ol>

Fuente: Legislación ecuatoriana y Ley 26.589 Mediación y Conciliación - Argentina

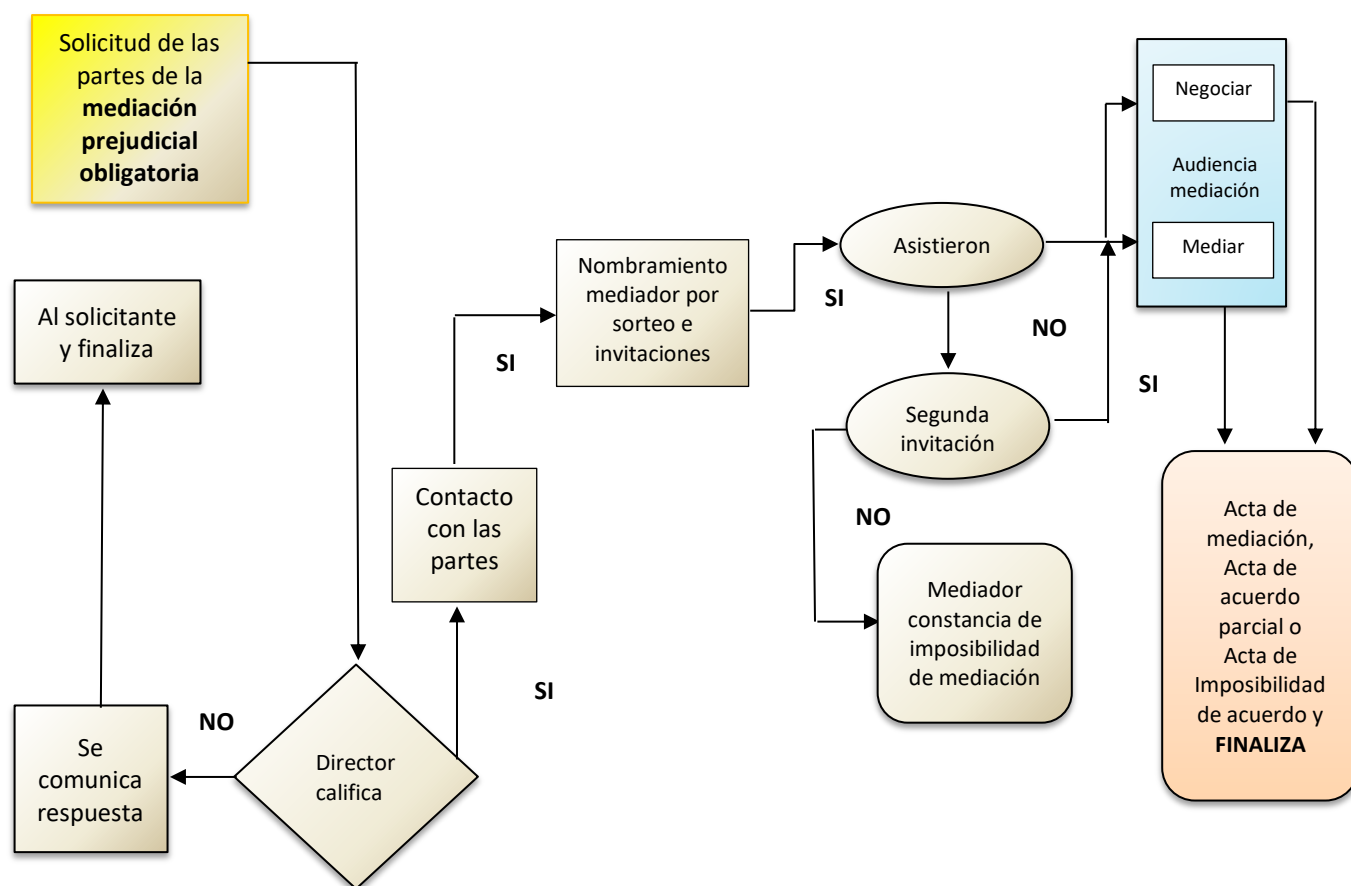
Elaboración: propia

Como reflexión podemos decir que al aplicar con efectividad las reformas planteadas en nuestra legislación, estaríamos a la par con la realidad Argentina en lo relacionado a la obligatoriedad de la mediación previa en el ámbito civil, la cual ha tenido un efecto positivo en la disminución del nivel de litigiosidad, tal como se lo ha demostrado en el presente trabajo investigativo.

Es por ello que se avizora con la presente propuesta, beneficio para las partes involucradas en un proceso de mediación que los ayude a resolver de manera más ágil y sin costos elevados los conflictos que surjan.

### 3.8 Flujograma del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria

**Gráfico No. 6**  
**Flujograma del procedimiento de**  
**Mediación prejudicial obligatoria**



Fuente: Centro de mediación de la Función Judicial  
 Elaboración: propia



## Conclusiones

De la consulta y análisis que he realizado en los temas que desarrollé en mi investigación sobre la mediación prejudicial obligatoria en el ámbito civil, puedo emitir el siguiente criterio:

Los métodos alternativos de solución de conflictos surgen bajo la tutela de la cultura de paz. Su principal objetivo ha sido fomentar el diálogo y la participación social, ya que el acceso a la justicia, en la mayoría de países, sobre todo en América Latina, ha sido una de las áreas más problemáticas

Sabemos que los medios alternativos de resolución de conflictos, hoy en día constituyen un elemento práctico al momento de dirigir los litigios que se presentan en las personas de determinada sociedad, además su implementación ha demostrado que se trata de una herramienta valiosa y exitosa en cuanto a la solución de controversias que se presentan en las diferentes áreas del quehacer humano.

Al aplicar los MASC se está ayudando a que los procesos judiciales sean resueltos en un tiempo favorable. De esta forma, así como lo indique en líneas anteriores, es necesario entender que un sistema judicial civil, debe adentrarse en la figura de la mediación porque seguir en un proceso ordinario civil, deprime la capacidad de las personas para llegar hasta la *justicia viva* entendida como el poder de resolver las controversias como actores de sus propios procesos de solución.

Por consiguiente, gracias a la implementación de los métodos alternativos de resolución de conflictos se han llegado a acuerdos favorables con un número importante que ha incrementado en los últimos años, tal como se lo demuestra en las estadísticas que se analizaron en el último apartado de mi investigación.

A pesar de que la mediación está siendo promovida con mayor énfasis, considero necesario que la educación, promoción y capacitación debe hacerse desde el primer nivel que es la ciudadanía, a fin de que conozcan el procedimiento y el propósito de este mecanismo de resolución de conflictos y continuar con los profesionales en derecho para que no induzcan al usuario y/o cliente a utilizar la justicia convencional, pudiendo por el contrario asesorar a las partes involucradas mediante la aplicación de la mediación logrando un objetivo común que es la satisfacción del cliente al tener un acuerdo que se ajuste a sus expectativas.

Es por ello que tomando como referente la experiencia de otros países estudiados, estoy convencido que de lograrse una reforma a la Ley de Mediación y Arbitraje como al Código Orgánico General de Procesos en la cual se establezca a la mediación prejudicial obligatoria como un requisito de procedibilidad, se estaría garantizando al usuario el acceso a esa mediación justa y necesaria que le ahorraría recursos al no litigar.

Debido a ello, mi punto de vista es que la mediación prejudicial obligatoria en el ámbito civil, es la única manera eficaz y rápida de solucionar un conflicto.

Sabemos que en Ecuador los jueces se toman un cierto tiempo en dar un veredicto final, quién gana o quién pierde, poniendo muchas veces obstáculos en la disolución de los mismos, por tal razón se espera que en nuestro país se preste más atención a este sistema, puesto que si hablamos de mediación, no se trata solamente de llegar a acuerdos, sino más bien establecer vías de solución de los conflictos entre los ciudadanos, obteniendo consensos justos y beneficiosos para las partes en disputa.

Es importante dar a conocer que en países como Argentina, Chile, Colombia, entre otros, la mediación prejudicial obligatoria se desarrolla en varios ámbitos, claro está que cada nación ha tenido su historia y ha ido evolucionando al pasar del tiempo.

De los países investigados me pareció importante la realidad Argentina, tomando como referencia la provincia de Buenos Aires que establece con carácter obligatorio el régimen de la mediación previa como método alternativo de resolución de conflictos.

En mi opinión, de la misma manera se debería manejar la mediación en el Ecuador, ya que existen estudios en los que se demuestran los beneficios de la mediación calculados en ahorro de tiempo, costos implícitos, capacidad resolutive, entre otros<sup>38</sup>.

Es necesario dar un cambio sociocultural que abra caminos fructíferos para la justicia ecuatoriana, donde los tribunales se encuentran colapsados con causas que congestionan los juzgados, por lo que se necesitan herramientas necesarias para dar por terminado este problema habitual.

Hecho el cual ha sido confirmado por la acogida que ha tenido la mediación en nuestro país desde el año 1997, -como se demuestra en las estadísticas antes detalladas- lo que lleva

---

<sup>38</sup> González Mariana. “*Evaluación de la mediación prejudicial en Argentina*”. Universidad Nacional de La Plata. Argentina, 2008. [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/55952/Documento\\_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=3](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/55952/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=3).

a concluir con la presente investigación que al implementarse la mediación prejudicial obligatoria aumentarían los casos de acuerdo total o parcial, ahorrándole recursos al Estado y por supuesto al ciudadano.



### Referencias Bibliográficas

- Álvarez Sacristán, I. La mediación civil y mercantil (comentarios y formularios, Gomylex, Bilbao, 2012. P, 102.
- Astudillo, La mediación prejudicial, 2012, 10.
- Barona Villar, S. Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. P, 84-86.
- Brandoni, F. (2011). Hacia una mediación de Calidad. Buenos Aires: Paidós.
- Binder, A. (2007). Los actores de la Justicia Latinoamericana, España: Universidad de Salamanca.
- Cabanellas, G. (1945). Compendio de Derecho Laboral Tomo II. Buenos Aires: Bibliografía Omeba.
- Castañedo, A. (2013). Mediación, globalización y cultura de paz en el siglo XXI. Guayaquil: Centro de Publicación Universidad Ecotec.
- Constitución de la República del Ecuador (2008). Registro Oficial 449. Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador, Artículo 190.
- Diez, P. (2000). Comentarios a la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles: Thomson- Civitas, Pamplona.
- Donoso Bustamante, A.C (2011). Análisis de derecho comparado, las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).
- Lus Humani. Revista de Derecho, 147-176.
- Díaz, M. A (2011). La resolución alternativa de conflictos en Argentina. Buenos Aires.
- Dupis, J.C (1997). Mediación y Conciliación. Mediación Patrimonial y Familiar. Conciliación Laboral. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Dupis, J.C (1994). Mediación y Conciliación. Buenos Aires.
- Echanique Cueva, H (2011). La Mediación, una alternativa a la solución de conflictos en Ecuador. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- El contrato de Mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil, Ed. Aranzadi, Navarra, 2014. P, 7
- Espinoza Ramírez, J (1994). Medios alternativos en la solución de conflictos legales. CIDES.

- Falconí Puig, J. (1994). Medios alternativos en la solución de conflictos legales. Corporación Editora Nacional.
- Ferré, M.A. (2004). The Mediators, Strategy and the Tactics of Mediation.
- Fisher, R. y Ury, W. (2001). Obtenga el SÍ. México: Mc Graw Hill.
- Gómez Ferrin, G. (La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español”, en Revista Electrónica de Direito Processual, Volume III, 2010) P, 52.
- González de Cossío, R. (2004). Formas alternativas para la resolución de conflictos.
- Highton, E. I., & Alvarez, G. S. (1996). Mediation para resolver conflictos. Buenos Aires: AD- HOC
- Ibíd., p.45.
- Integración de la mediación en el moderno concepto de Access to Justice”, en Revista para el análisis del derecho, nº4, 2014
- Larreátegui, C. (1982). Contribución al Estudio del Arbitraje Privado.
- Lorca Navarrete, A.M<sup>a</sup>, Mediación en asuntos civiles y mercantiles Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastian, 2012, p. 176
- Lorca Navarrete, A.M<sup>a</sup>, Mediación en asuntos civiles y mercantiles Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2012, p. 179.
- Márquez Algara, G. “Mediación y administración de justicia “, Chile 2004. P.201-202.
- Martínez, M. Ventajas y desventajas de la Mediación, 1999, P 65-66
- Miles, La mediación en los tribunales chilenos, 2006, 45.
- Ministerio de Justicia: (“Tasas Judiciales”. Panel de expertos, 2013), p.12.
- Ministerio de Justicia (2013) “Tasas Judiciales”, p.17
- Pacheco Pulido, G. “Mediación y cultura”. Buenos Aires, 2004. P.158.
- Proyecto BID N°CH-L1058, “Perfil de Proyecto”, p.1 (Disponible en <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35080924>)
- “Estadísticas Judiciales 2010-2012”, p.8.
- Rev. Derecho (Valdivia) vol.29 no.1 Valdivia jun. 2016. Pag. 9 y 10-  
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-0950201600010005>

Rev. Derecho (Valdivia) vol.29 no.1 Valdivia jun. 2016. Pag. 14  
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-0950201600010005>

Sánchez Marques, R. "Mediación, Conducción de disputas, comunicación y técnicas, 2002. P. 93-96.

Santos Vijade, J.M<sup>a</sup>, "Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012." en Revista Internacional de estudios de derecho Procesal y arbitraje (Riedpa), nº1, 2013, p.9

Schiffrin, C. (1996) Resolución Alternativa de Conflictos p. 46.

Wray, A (1994). Medios Alternativos en la solución de conflictos legales. Quito: Corporación Editora Nacional.